

REFLEXIONES SOBRE LAS PRESUNCIONES

Prof: **JAIRO PARRA QUIJANO**

La palabra presunción se deriva del verbo latino compuesto **prae-sumere**, que significa tomar antes, resolver de antemano, anticipar, prever, presentir, conjeturar.

En relación con el conocimiento, quien presume es quien toma anticipadamente como sabido aquello que desconoce. También se afirma que la palabra presunción se deduce de los términos "prae" y "sumere", dando a entender que la presunción equivale a "prejuicio sin prueba". Se puede decir, finalmente, que presunción equivale a suponer una cosa cierta sin que esté probada, sin que nos conste.

El artículo 1349 del derogado Código Civil italiano y el artículo 2727 del actual Código Civil italiano, lo mismo que el artículo 1349 del Código Civil francés, definen las presunciones "como las consecuencias que la ley del magistrado deduce de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido.

El canon 1584 define la presunción: "Praesumptio est rei incertae probabilis coniectura; eaque alia est iuris, quae ab ipsa lege statuitur; alia hominis, quae a iudice conicitur". (La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez).

Dicen los norteamericanos: "Today it is almost universally agreed that a presumption may be defined as a rule of law which requires that existence of a fact (presumed fact) be taken as established when another fact or facts (basic fact) are established, unless and until a certain specified condition is fulfilled". (Hoy día es casi aceptado universalmente, que la presunción puede ser definida como una regla legal que requiere que la existencia de un hecho (hecho presumido) se de por establecida cuando uno o más hechos

(hechos básicos) estén establecidos, a menos y hasta que ciertas condiciones específicas sean presentadas).

BREVE HISTORIA DE LA PRESUNCION

Período Clásico Romano

Inicialmente en el derecho romano, en el período clásico romano, el juez podía convencerse por cualquier medio de prueba, inclusive utilizando la prueba indiciaria; se puede decir que el juez presumía, en el sentido de suponer. Existían las presunciones hominis pero no como técnica legislativa". Se puede decir que siempre que el hombre investiga, presume. ⁽¹⁾

Período Imperial

A partir del siglo I d.C., se rompen los moldes del antiguo derecho "Se plasma la idea de que la administración de justicia es una función estatal. Ahora ya no son los jueces privados quienes deciden los litigios; son los magistrados, auténticos funcionarios públicos, quienes dirigen el proceso y carecen de poder para crear derecho" ⁽²⁾.

El magistrado recibe la "auctoritas" del emperador. El príncipe asume los poderes legislativo y jurisdiccional.

Se presenta un fenómeno curioso, los particulares empezaron a proponer los litigios al emperador, quien decía cómo debía ser solucionado por el juez. El emperador se basa en la doctrina de los juristas muertos. Se estableció como una especie de valor legal de estos conceptos. Algunos han creído encontrar el origen de las presunciones legales en estas opciones.

Derecho Justiniano

Se atribuye a este período la aparición de las presunciones legales. La comisión compiladora de Justiniano halló en los clásicos el término "preaesumere", en el sentido de opinar. Interpolaron los textos produciéndose

1. **DEL AMO, León.** *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*. Pamplona, 1978, Edic. Universidad de Navarra, S.A., pág. 85.

LABANDEIRA, Eduardo. *Las presunciones en el Derecho Canónico*, Edic. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1967, pág. 24.

2. **LABANDEIRA, Eduardo.** Ob. cit. pág. 26.

consecuencias en el proceso por primera vez en la historia y también en el derecho material. Por ejemplo: "praesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur".

Encontramos presunciones en el Digesto como en el Código de Justiniano. "Entre ellas la premoriencia por la que, en caso de desgracia se presume que el hijo púber sobrevivió a sus padres, mientras que el impúber premurió a ellos, la que presume que el soldado no ha recibido dinero, salvo que se trate de una causa castrense, y otras que suelen citar los autores, sobre la existencia del matrimonio, paternidad de los hijos de mujer casada" (3).

Resumen de la Epoca Romana

En el Derecho Justiniano aparecen las presunciones "iuris tantum", no hay un sistema general de presunciones y no existen las presunciones "iuris et de iure".

Derecho Canónico

Se puede afirmar que las presunciones *jure et de jure* aparecen en el derecho canónico, fundamentalmente, en las decretales de Gregorio IX. La base de la doctrina es importante porque muchas veces convirtieron en presunciones iure et de iure a simples textos legales.

Epoca Medieval

La presunción romana era fundamentalmente un recurso del legislador, anticipando una certeza provisionalmente. La presunción medieval, tiene como finalidad suplir la actividad mental del juzgador, imponiéndole máximas de experiencia y sistematizando por su valor las presunciones en legales y judiciales y éstas, en violentas, probables y leves.

La teoría legal de la prueba, se preocupó por sustituir la prueba de indicios, por presunciones y surgió la división tripartita de las presunciones hechas por los glosadores; de Praesumptiones iuris et de iure, praesumptiones iuris tantum y Praesumptiones facti, que fue consagrada en el Código de Napoleón.

3. LABANDEIRA, Eduardo. Ob. cit. pág. 28.

REGULACION LEGAL EN COLOMBIA EN MATERIA PROCESAL CIVIL

El Código Judicial (Ley 105 de 1931) respecto a las presunciones señala:

Art. 660.- “Cuando la ley establece presunción de derecho no se admite prueba en contrario”.

Art. 661.- “Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso, la presunción prueba en favor del que la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario”.

Art. 662.- “Las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar”.

Art. 663.- “Un solo indicio hace plena prueba cuando se considera necesario, es decir, que es tal la correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, que, existiendo el uno, no puede menos que existir o haber existido el otro”.

Art. 664.- “Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”.

Art. 665.- “Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido”.

Art. 666.- “Los hechos accesorios que suministran los indicios o conjeturas referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente y nunca por medio de otros indicios”.

Art. 667.- “Cuando muchos indicios se refieren a uno solo, y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de estos, por numerosos que sean, no forman plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento”.

ES LA PRESUNCION MEDIO DE PRUEBA

Este no es un tema específico en la doctrina, por el contrario es de los más controvertidos:

A) Algunos autores consideran las presunciones judiciales (de hombre) como medios de prueba. Estos autores confunden los indicios con las presunciones judiciales y de ahí surge el criterio. (Gorphe, Guasp).

B) Otros autores, consideran que también son medios de prueba las presunciones *juris tantum*. Ugo Rocco, sostiene que de la definición de presunción que ha elaborado valiéndose del artículo 2727 del C.C., italiano, se puede inferir que es ella también un medio de prueba, pero que tiene "una característica propia, puesto que mientras a través de los demás medios de prueba de un hecho se deduce lógicamente la persuasión de la existencia de otro hecho que debía ser probado, con la presunción, en cambio, de un hecho conocido se infiere, no ya la certeza de la existencia del hecho desconocido, sino solamente la probabilidad de que, según las reglas usuales de la vida práctica, aquel hecho existe" (4).

C) Hay autores que consideran las presunciones *juris et de iure*, como medios de prueba. Framarino Dei Malatesta escribe: "Con todo, no puede dejarse de hablar de las que se llaman presunciones *juris et de jure*, a causa de la gran importancia que han tenido en el proceso penal, y que hipocritamente tratan de presentar aún en la actualidad. Solo que al desarrollar esta materia, no hablaremos de presunciones, sino de pruebas indirectas *juris et de jure*" (5).

LAS PRESUNCIONES NO SON MEDIO DE PRUEBA

Si se piensa un poco en la presunción del párrafo 2º., del artículo 762 del C.C., se llegará a la conclusión de que las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba. El poseedor es reputado dueño, es decir, que sin demostrar que es dueño, tiene esa calidad, para poder ser comparada, si es el caso, con las de otras personas que dicen tenerla. La posesión se puede demostrar con indicios que produzcan plena convicción, pero éstos no son la presunción, serán la base para hacer la inferencia lógica (que es lo que constituye la presunción). En síntesis, las presunciones no son medio de prueba, en ninguna de sus especies (6).

4. **ROCCO, Ugo.** *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Vol. III, parte especial, Edit. Temis-Depalma, Buenos Aires, 1972, pág. 120.

5. **FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás.** *Lógica de las Pruebas Criminales en materia Criminal*. Bogotá, Temis, 1973, pág. 337.

6. **PARRA QUIJANO, Jairo.** *Manual de Derecho Probatorio*. 2ª. edc., Bogotá, Librería del Profesional, 1988, pág. 382.

Otra manera de presentar la presunción, por cierto muy brillante, es la de Manuel Serra Domínguez cuando sostiene: "Cuando las máximas de experiencia a utilizar para la información de nuevas afirmaciones deban y puedan ser empleadas por el juzgador nos encontramos ante las presunciones. Si la máxima ha sido ya recogida por el legislador, surge la presunción legal. Si en cambio su elección es libre para el juzgador, la presunción judicial"⁽⁷⁾

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN SEDE DE CASACION CIVIL

Dice la Corte Suprema de Justicia de Colombia "No sobra recordar que la estructura lógica de la presunción se identifica con la del indicio; y sólo se diferencia de éste porque el indicio debe ser declarado por el juez, de conformidad con su criterio personal, relativamente muy libre; mientras que la presunción es establecida en sus líneas generales y abstractas por el legislador mismo. En uno y otro caso se establece una relación de causalidad o de probabilidad muy grande entre la existencia de un hecho, considerado como antecedente de la presunción y ampliamente conocido, con otro hecho que tiene carácter de consecuente y cuya existencia se supone, en virtud del establecimiento del primero.

"Lo anterior quiere decir que la demostración del antecedente de la presunción por medios probatorios distintos e independientes de la presunción misma, no puede excusarse jamás; y la carga procesal gravita sobre la parte procesal interesada en su establecimiento"⁽⁸⁾.

Crítica a la Jurisprudencia de la Corte

a) El indicio es un hecho; en cambio, la presunción es un razonamiento que, cuando lo hace el legislador la presunción es legal y cuando lo hace el juez es judicial. Hablar de la estructura lógica del indicio, es lo mismo que hablar de la estructura lógica del testimonio, etc.

b) El indicio no es declarado por el juez. El indicio es un hecho que debe aparecer plenamente probado en el proceso; ya que debe ser objeto de prueba y una vez logrado su objetivo nos sirve de medio de prueba, indicándonos otro hecho que es el que interesa al proceso.

7. **SERRA DOMINGUEZ, Manuel.** *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Edic. Ariel, 1969, pág. 364.

8. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, G.J.T. CLXXXIV, número 2423, 1986.

c) No está bien contraponer los términos "causalidad o de probabilidad", como lo hace la jurisprudencia. Puede suceder que la relación de causalidad entre el hecho probado (indicio) y el indicado, indiquen una relación de causalidad que hagan muy probable la existencia del hecho indicado (indicio grave); en cambio, la presunción establece que demostrado un hecho (indicio), el otro (indicado) se tenga por establecido definitiva o provisionalmente, según la presunción sea *iusuris et de iure* o *iusuris tantum*.

d) La Corte da a entender que la presunción es un medio de prueba, cuando dice: "Lo anterior quiere decir que la demostración del antecedente de la presunción por medios probatorios distintos e independientes de la presunción misma, no puede excusarse jamás". No es la presunción medio de prueba, es un razonamiento que hace el juez, que hace el legislador; por otra parte, lo que importa para que opere la presunción, es lo exigido en el artículo 176 del C. de P.C., que regla "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados", y dentro del término "dibidamente probados", se debe incluir el indicio, ya que dentro de la ejemplarización de los medios de prueba que trae el artículo 175 del C. de P.C., se enuncia el indicio.

e) Teniendo en cuenta que la presunción no es un medio de prueba y que en cambio si lo es el indicio, se puede afirmar que los hechos que sirven de sustento a una presunción si se pueden demostrar con la prueba indiciaria, eso si con la condición que le produzca al sentenciador certeza; decir lo contrario es negarle al indicio la calidad de medio de prueba.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN LA SALA PLENA, SOBRE LOS INDICIOS Y LAS PRESUNCIONES

Dice la Corte al respecto: "La Corte concluyó que han sido vanos los esfuerzos de la doctrina para establecer una distinción absoluta entre ambas nociones, **ya que una y otra se basan en la inferencia que se hace de un hecho desconocido, con base en uno que es conocido** (El subrayado es nuestro).

"Son numerosos los autores de gran jerarquía intelectual y doctrinaria, tanto nacionales como extranjeros, que identifican los indicios con las presunciones judiciales. Entre otros puede citarse a LESSONA, PLANIOL y RIPERT, MITTERMAIER, GORPHE, BONNIER y DELLEPIANE; este último, por ejemplo, define la presunción legal como indicio establecido y valorado por la ley previamente".

"Por cuanto hace referencia a la legislación nacional, el Código Judi-

cial que tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 1971, en el capítulo VI que hacía parte del título de las pruebas, regulaba indistintamente en todos sus artículos, o sea, desde el 660 hasta el 667, las presunciones y los indicios y no definió ni aquéllos ni éstos.

El Código de Procedimiento Civil vigente, tampoco define las presunciones ni los indicios, pero, entre otras cosas, le da facultades al juez para la apreciación de éstos. En cuanto a las presunciones, que no están incluidas dentro de los medios de prueba que enumera el artículo 175, el 176 anota que "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados" y agrega modificando la regla del artículo 66 del Código Civil que "el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice".

"El Código de Procedimiento Penal si contiene una noción completa del indicio, pero nada dice en cuanto a la definición de presunción".

"Del concepto de indicio contenido en el artículo 302 del C.P.P., se desprende que en el indicio debe existir un hecho conocido del cual se infiere otro desconocido y también una relación de causalidad, de conexidad lógica entre el hecho conocido y el desconocido, que se deduce mediante una operación mental de quien lo aprecia, evalúa o valora **Esta inferencia si es hecha por el juez, es lo que se llama presunción judicial; aparece así la presunción como inmanente e inseparable del indicio** (El subrayado es nuestro).

"Basta consultar el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para llegar, en el aspecto lingüístico, a la misma conclusión. En el se dá al vocablo "presumir" el siguiente significado "Acto de inferir". Y la expresión "presumir" se define en el sentido de "tener indicios o señales", siendo el indicio, conforme al diccionario, "el hecho indicador", y agrega más adelante "Diferencias accesorias entre el indicio y presunción". Entre la presunción y el indicio existen tan solo las diferencias accesorias consistentes en que la inferencia en el caso de la presunción se establece a **priori** por el **legislador**, en tanto que en el indicio la inferencia la hace **el juez o el hombre a posteriori**"⁽⁹⁾.

Crítica a la Jurisprudencia anterior

La podemos sintetizar así:

9. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia N°. 45, Mag. Pon. Dr. Gómez Otálora.

a) El indicio es un hecho y como tal medio de prueba, que requiere, para que produzca la prueba del hecho que interesa al proceso, que utilicemos las reglas de la experiencia y hagamos una presunción. Con todos los medios de prueba empleamos las reglas de la experiencia y con sustento en ella presumimos y a nadie se la ha ocurrido confundir el testimonio con las presunciones. Cuando el testigo nos narra, por ejemplo, que vió algo a tres cuadras con gran nitidez, empleando las reglas de la experiencia que nos indican que resulta imposible, presumimos que el testigo está mintiendo. Cuando tenemos probado en el proceso un hecho (es como si tuvieramos un testigo), éste "nos narra otro; para "narrarnos el otro" se emplean las reglas de la experiencia y se presume, lo mismo que se hizo en el testimonio, sólo que éste fue un "**posterius**" y aquél es un "**prius**". Lo anterior significa que toda prueba se base en una inferencia y que siempre que juzgamos presumimos, solo que el indicio es el medio de prueba, como lo es el testimonio, etc.; la presunción es un razonamiento, el cual aplicamos a todos los medios de prueba.

b) La Corte dice "Esta inferencia si es hecha por el juez, es lo que se llama **presunción judicial**; aparece así la presunción como inmanente e inseparable del indicio". Es cierto que si el razonamiento lo hace el juez se llama presunción judicial o de hombre; pero la presunción no es inmanente o inseparable del indicio, lo es de todo medio de prueba y además de todo juicio o razonamiento cuando se trata de valorar conductas humanas. El indicio (hecho) cuando está probado (debe ser objeto de prueba) nos sirve como medio de prueba para traer-indicando otro hecho; cuando el razonamiento lo hace el juez se trata de la presunción de hombre, pero si sobre el hecho indicio, el razonamiento lo hace el legislador, estamos frente a las presunciones legales. Si tuvieramos, a título de ejemplo, que probar la existencia del testigo (el testigo sería objeto de prueba), una vez probada, éste "narraba" (la narración es el producto del testigo), cosa igual ocurre con el indicio (lo pruebo), el hecho que lo genera "narra" otro hecho.

c) La dificultad se presenta cuando no se tiene en cuenta que el indicio es un hecho y que éste es el medio de prueba. Quizá esta dificultad se presenta porque resulta fácil aceptar e imaginar a un hombre que nos cuenta algo (este algo es el testimonio, medio de prueba); en cambio, resulta difícil pensar en un hecho "que nos narra otro", pero esta es la verdad. El hecho (indicio) es el medio probatorio que nos muestra otro (el que interesa al proceso).

Reiteramos, con las reglas de la experiencia hacemos presunciones que utilizamos para juzgar todos los medios de prueba, solo que en la prueba indiciaria las utilizamos antes para descubrir el otro hecho. Ejemplo: Se

ha cometido un hurto, le encontramos a una persona las cosas hurtadas (hecho-indicio-probado), este hecho nos indica (en la metáfora, nos narra) que fue (probablemente) la persona a quien le encontramos los objetos, la autora del hurto (que la persona probablemente fue, como cuando el testigo nos dice que la vió hurtando).

d) No existe prueba de presunciones. El indicio es el medio probatorio, la presunción, en cualquiera de sus modalidades, son razonamientos que se hacen con relación a todos los medios de prueba y siempre que se razona. Si se quiere a lo sumo en la prueba indiciaria la presunción, con sustento en las reglas de la experiencia, tiene un mayor colorido que en los restantes medios de prueba. Cuando se presume, el hecho indicio y el indicado deben haber sucedido.

RAZONAMIENTO FINAL SOBRE LAS DOS JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El lector puede acompañarnos a razonar, sobre el numeral 4º, del art. 6º. de la Ley 75 de 1968, que reformó el art. 4º. de la Ley 45 de 1936, que regla: "Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: 4º. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".

Si se prueba que **A** visitaba todos los días a la señorita **B**.

Que la señorita **B**, solo atendía al señor **A**.

Que la señorita **B**, salía cogida de la mano con el señor **A**.

Esos son hechos que debidamente probados, nos muestran que si la señorita **B** se encuentra en estado de gravidez, es porque tuvo relaciones sexuales con el señor **A**. Esos hechos "hablan", nos "cuentan" que las relaciones sexuales fueron con el señor **A**. Si **X** los hubiera visto en las relaciones sexuales "nos las narraría"; los hechos indicados "nos narran" las relaciones sexuales (indican las relaciones sexuales con el señor **A**, aunque nadie los haya visto).

Lo anterior significa que el hecho indicio, puede probarse utilizando cualquier medio probatorio y una vez probado, nos muestra otro.

Siempre se presume frente a cualquier medio probatorio y el material que utilizamos para la presunción, son las reglas de la experiencia. En el

ejemplo propuesto, presumimos que las relaciones sexuales de la señorita **B** eran con el señor **A**, con base en los hechos que están relacionados y empleando las reglas de la experiencia. Si **A** era el único que la visitaba, solo atendía a ese señor **A**, en público se mostraban amorosos como era cogerse de la mano, la experiencia nos enseña que las relaciones sexuales eran con el señor **A**. Obsérvese que cuando presumimos, el hecho indicio y el indicado están ya sucedidos: Las relaciones sexuales y el embarazo.

LA PRESUNCION IURIS ET DE IURE

No es un tema pacífico sostener que las presunciones *iuris et de iure*, sean verdaderas presunciones:

a) La doctrina Norteamericana sostiene: "**Presunciones conclusivas o irrefutables**. (Conclusive and Irrebuttable Presumptions). La llamada presunción conclusiva e irrefutable, por ejemplo, aquella que no puede ser refutada con evidencia, no es una presunción en absoluto, sino una norma de derecho sustantivo. Así, el efecto de afirmar que se presume que toda la gente conoce la ley, es el de excluir la ignorancia de la ley como posible defensa (en Colombia es una ficción del legislador, no una presunción). Similarmente, la llamada presunción de que un niño menor de 7 años, definitivamente, no puede cometer felonía⁽¹⁰⁾ y la presunción que sostiene que cuando un apoderado alguna vez representó a un cliente en materias sustancialmente relacionadas con aquellas abarcadas por un caso subsiguiente que busca traer en contra del cliente, se presume irrefutablemente que el apoderado se benefició de la información confidencial, son simplemente expresiones de la ley sustancial⁽¹¹⁾.

"El empleo del término presunción conclusiva e irrefutable para referirse a una norma legal y no a una presunción, debería ser discontinuado por inútil y confuso".

b) Muños Sabaté sostiene: "Las mal llamadas presunciones *iuris et de iure*. En realidad, como afirma Guasp, tales presunciones son ajenas por completo al derecho de la prueba. Más aún: nada tienen que ver con el concepto de presunción, pues se trata de auténticas normas jurídicas que por un erróneo enfoque, debido casi siempre a razones históricas, reciben esta incorrecta formulación.

10. **GRAHAM, Michael H.** *Evidence, Text, Rules, Illustrations and problems*. National Institute for trial Advocacy, Estado Unidos de América, 1983, pág. 767.

11. **GRAHAM.** Ob. cit. pág. 767-768.

“Se ha señalado para este instituto una cierta conexión con el también instituto de las ficciones, ya que tanto la presunción legal absoluta como estas últimas, surten igual efecto que las realidades debidamente probadas, por ser realidades que proclama la ley misma. Es decir, la fuente de ambas ficciones está en el legislador, viniendo a diferenciarse solamente en que así como la ficción representa una afirmación hecha por aquél con el conocimiento de su falsedad, la presunción es la resolución de una duda pronunciándose en determinado sentido.

“Este carácter dubitativo ha sido descrito agudamente por Serra Dominguez. El legislador al ordenar una determinada institución jurídica, debe valorar en primer lugar las diversas maneras de regularla, y elegir entre todas la más aceptable. Ahora bien, antes de que dicha elección se concrete sobre una de dichas posibilidades, existe un estado previo de duda en el legislador, que vacila sobre la manera conveniente de enfocar la relación jurídica sometida a su examen. Finalmente, dicha duda es superada en cuanto al legislador “presume” más conveniente una regulación y la eleva a carácter de disposición legal”.

“Digamos, sin embargo, que el hecho de que las presunciones *iuris et de iure* sean un expediente de técnica legislativa no quiere decir que no sirvan para el logro de una mayor factibilidad heurística de la norma; muy al contrario, su presencia proclama una perpetua rendición del legislador frente a la investigación científica de la verdad. La tendencia del derecho moderno —denuncia Levi Bruhl— consiste precisamente en disminuir el número de tales presunciones o por lo menos en crear unos medios que permitan, en ciertos casos, escapar a sus consecuencias cuando las mismas se revelan demasiado brutales o demasiado contrarias a la realidad” (12).

Nuestro Criterio

Las presunciones *iuris et de iure*, producen una certeza definitiva y como consecuencia no admiten prueba en contrario; son presunciones indestructibles. Por ejemplo la establecida en el artículo 92 del C.C., que dice: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: “Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”. No nos cabe duda, que la presunción *iuris et de iure* es una verdadera presunción; ya que si la definimos como un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho

12. MUÑOZ SABATE, *Técnica Probatoria*, 2ª. edc., Barcelona, Praxis S.A., 1983, pág. 95.

partiendo de hechos debidamente probados, en la presunción que nos ocupa de la época del nacimiento, estamos coligiendo la concepción. No sobra recordar que el hecho base (indicio) debe estar plenamente probado, exigencia que hace el artículo 66 del C.C., último párrafo cuando regla "Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho (se está refiriendo a la presunción *iuris et de iure*) se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias". En el mismo sentido el artículo 176 del C. de P.C., cuando dice: "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados". "El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice".

Cuándo se establece una presunción *iuris et de iure*, hay una rendición del legislador a la investigación científica?. De ninguna manera, hay veces que para lograr la estabilidad de ciertas relaciones, el legislador considera que es mejor hacer presunciones, y en el caso que nos ocupa presunciones *iuris et de iure*. No siempre el método experimental es conveniente para investigar ciertas relaciones, ya que el experimento puede ser muy demorado, puede ser muy costoso no solo económica sino espiritualmente hablando; ya que crea tribulaciones, angustias, inseguridad y deterioro anímico. En el ejemplo propuesto de la presunción del artículo 92 del C.C., la presunción está cumpliendo la función indicada; sin embargo, no negamos que a medida que avanza la ciencia, se puedan trasladar algunas presunciones *iuris et de iure* a presunciones *iuris tantum*.

LA PRESUNCION IURIS TANTUM (TAN SOLO DE DERECHO)

Producen una certeza provisional mientras no se presente prueba en contrario. Son presunciones destructibles. Son las presunciones que aceptan los norteamericanos como se puede observar en la definición: "La presunción puede ser definida como una regla legal que requiere que la existencia de un hecho (un hecho presumido), se dé por establecida cuando uno o más hechos (hechos básicos) estén establecidos, a menos y hasta que ciertas condiciones específicas sean presentadas"⁽¹³⁾.

Ejemplo: El artículo 762 del C.C., párrafo 2º. dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Con relación a la presunción establecida en este artículo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho "la necesidad en que se encuentra el demandante de demostrar su señorío sobre la cosa que persigue, estriba en que debe aniquilar la pre-

13. GRAHAM, Michael H. Ob. cit., pág. 758.

sunción iuris tantum que protege al poseedor, pues siendo la posesión la más vigorosa y ostensible manifestación del dominio, la ley predica que quien se encuentre en esa particular situación de hecho se le considere dueño mientras otro no justifique serlo (artículo 762 del C.C.). Entonces, entre tanto el actor no contrarreste y desquicie el hecho presumido, el opositor demandado en reivindicación continuará gozando de la ventajosa posición en que lo coloca la ley de tenerlo en principio como dueño" (14).

Ejemplos en Norteamérica

"Acarreadores comunes. Existe la presunción de que entre acarreadores en conexión el daño ocurrió en la línea del último acarreador" (15).

Si un minero que está sufriendo o sufrió de neumoconiosis ha sido empleado por 10 años o más en una o más minas de carbón, hay una presunción rebatible de que su enfermedad la contrajo en dicho empleo; como si un minero muerto fue empleado por 10 años o más en una o más minas de carbón hay una presunción rebatible de que su muerte se debió a la neumoconiosis" (16).

LA PRESUNCION JUDICIAL

Cuando la presunción la elabora el juez, se llama presunción judicial o de hombre y le sirve a éste para la valoración de las pruebas, pero no es un medio de prueba ni se puede confundir con el indicio; ya que éste es un hecho y la presunción un razonamiento. Al respecto agrega el maestro Devís Echandía: "Función de las presunciones judiciales es servirle de guía al juez para la valoración de las pruebas; pero no la de servir de medio de prueba. Es muy importante y se aplica constantemente, por ejemplo, cuando se critica la exposición del testigo del perito y se mide su credibilidad de acuerdo con la clase de hechos que narra, el tiempo transcurrido desde la percepción, la forma como esta ocurrió, las capacidades del exponente,

14. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de septiembre de 1982, Mag. Pon. Dr. Alberto Ospina Botero. No publicada oficialmente.
15. **Common Carriers.** A presumption exists that as between connecting carriers, the damage occurred on the line of the last carrier.
16. If a miner who is suffering or suffered from pneumoconiosis was employed for ten years or more in one or more coal mines there shall be a rebuttable presumption that his pneumoconiosis arose out of such employment. If a deceased miners was employed for ten years or more in one or more coal mines and died from a respirable disease there shall be a rebuttable presumption that his death was due to pneumoconiosis.

o cuando se examinan los indicios debidamente probados, e inclusive la confesión judicial y extrajudicial. De acuerdo con las circunstancias, el juez infiere una presunción judicial a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se los hace conocer” (17).

Dice la doctrina norteamericana: “Aunque las palabras inferencia y presunción son usadas algunas veces-intercambiamente, de ninguna manera son sinónimos. Una inferencia es una conclusión en cuanto a la existencia de un hecho por la consideración de otros hechos en el curso usual del razonamiento humano” (18). “Con una inferencia si el hecho A se establece, el hecho B puede ser deducido del hecho A a través de razonamiento y lógica. Una inferencia es así, una deducción que puede colegir quien busca establecer los hechos conforme a su propia discreción aunque no es requisito colegirla como materia legal” (19).

“Recorriendo casos y literatura, uno encuentra el empleo de los términos presunción (presumption), presunción de hecho (presumption of fact) y presunción permisiva (presumption permissive), para referirse a hechos básicos, los cuales, si se encuentran, permiten más no exigen al juez de hecho, en ausencia de evidencia refutante, alcanzar una conclusión. Debido a que los términos presunción, presunción de hecho o presunción permisiva, bajo circunstancias en las que el juez de hecho no requiere como cuestión de derecho llegar a una conclusión, fallan en cuanto a su coincidencia con la definición aceptada de presunción, su empleo debería ser discontinuado. Cuando no se requiera por norma legal llegar a una cierta conclusión, pero puede hacerlo mediante el empleo del razonamiento y la lógica del hecho A al hecho B, debe hacerse referencia a una inferencia y no a una presunción” (20).

17. **DEVIS ECHANDIA, Hernando**, *Compendio de Derecho Procesal*, T. II, Pruebas judiciales, 7a. edic, Bogotá, ABC, 1982, pág. 520.

18. While the words “inference” and “presumption” are sometimes used interchangeably, they by no means are synonymous. An inference is a conclusion as to the existence of a particular fact reached by considering other facts in the usual course of human reasoning.

19. **GRAHAM**, ob. cit., pág. 765. “Las presunciones difieren de las inferencias, una diferencia sutil pero no irreal: “Una presunción ... es una inferencia que la ley dirige (el juez de hecho) para colegir, si encuentra un conjunto de hechos dados; una inferencia es una conclusión que (al juez de hecho) le es permitido colegir más no está compelido a ello”.

20. **GRAHAM**, Ob. cit., pág. 766.

La doctrina norteamericana llama inferencia lo que nosotros llamamos presunción judicial u hominis, y tan cierto es lo anterior que se dice: “El efecto compulsivo de una inferencia, si tiene alguno, está basado enteramente en la lógica y experiencia, no en la ley”.

FUNCIÓN DE LAS PRESUNCIONES LEGALES (IURIS ET DE IURE O IURIS TANTUM).

Las presunciones legales no implican una renuncia al método experimental, solo, como se dijo con anterioridad, porque resulta mejor no utilizarlo inicialmente para darle estabilidad a las relaciones de orden social, familiar y patrimonial. La legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, tiene una gran importancia, ya que si cada que naciera un hijo tuviéramos que investigar la paternidad, lo que sería posible utilizando el método experimental, crearíamos una zozobra inútil por investigar simplemente. Otras veces las presunciones se establecen por razones de equidad, como la de culpa por actividades peligrosas consagradas en el artículo 2356 del C.C.. Si la víctima soportara la carga de probar la culpa del responsable de la actividad peligrosa, prácticamente, todos los procesos los perdería. Ejemplo: Si un hombre de treinta años, chofer experimentado, en muy buenas condiciones físicas, con un vehículo en perfecto estado, atropella a una persona por haberse distraído un instante moviendo un botón del radio del carro; cómo podría la víctima probar tal circunstancia?

Las presunciones legales, como se puede concluir fácilmente, cumplen una función extraprocesal— sustancial muy importante, además de la función indirectamente probatoria que cumplen.

La doctrina norteamericana afirma: “Así como las cargas de la prueba están algunas veces situadas por razones de equidad, algunas presunciones están creadas para corregir un desequilibrio resultante del mayor acceso que tiene a la prueba de una de las partes. Un ejemplo de esta presunción es la de que se presume que entre dos acarreadores, el daño se produjo en la línea del último acarreador. Similarmente algunas nociones más implícitas que expresas, de políticas sociales y económicas, inclinaron a las Cortes a favorecer una contienda, dándole el beneficio de una presunción correspondiente a las ventajas del adversario, a la parte desfavorecida. Un ejemplo clásico es, el de que el poseedor se reputa dueño, tendiente a favorecer al poseedor principal y dar estabilidad a los estados jurídicos. Una presunción puede también ser creada para evitar un atolladero, o para alcanzar algún resultado así sea uno arbitrario. Por ejemplo, la presunción que se refiere a los sobrevivientes de un desastre común es necesaria para hacer posible que operen normas legales, aunque no hayan bases fácticas

para creer que una de las partes y no otra hubiera podido morir primero. Sin embargo, generalmente la más importante consideración para la creación de presunciones es la probabilidad" (21).

RELACIONES ENTRE LAS PRESUNCIONES Y LA CARGA DE LA PRUEBA

a) Hay algunos autores que sostienen que las presunciones legales invierten la carga de la prueba, porque en vez de soportarla la parte que normalmente sería gravada, la soporta la otra parte. Esta tesis no la compartimos, porque en realidad para que se pueda aplicar la presunción se requiere probar el supuesto de hecho del cual se parte: lo que significa que la parte si tiene que probar.

b) Hay cambio de objeto en la prueba. Por ejemplo Fenech dice "tiene lugar el cambio de objeto en los actos de prueba, cuando la utilización de los medios correspondientes, en lugar de tender a convencer al juzgador de un hecho de trascendencia en el proceso, tiende a probar la certeza de otro hecho, ligado con el primero, con algún vínculo jurídico o material. En este caso la prueba se desplaza del tema probandi al tema probantum, o sea, del hecho que se tiene interés en probar al hecho que efectivamente y realmente se prueba. Se trata, pues, de un verdadero cambio de objeto. No cabe considerar, que las presunciones o indicios supongan un desplazamiento o relevación de la carga de la prueba, como se ha pretendido deducir de lo dispuesto en la norma según la cual las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, y como ha sostenido un sector de la doctrina. De este precepto no puede derivarse otra consecuencia que la de que aquél a quien favorece la presunción queda libre de la carga de la prueba del hecho conocido; en definitiva y como decíamos antes, ha cambiado el objeto, pero de la carga de la prueba no se ha relevado al favorecido por la presunción" (22).

c) La presunción libera de la carga de probar a la parte favorecida con ella, pero teniendo en cuenta que soportan la carga de probar el hecho que sirve de base al razonamiento. Ejemplo: En la presunción del artículo 762 del C.C., probando que se tiene la calidad de poseedor, se presume que se es dueño; es decir, que al poseedor que es el favorecido con la presunción se le libera de probar que es propietario.

21. GRAHAM, Ob. cit., pág. 762.

22. FENECH, Miguel, CARRERAS, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1962, págs. 730-733.

RAZONAMIENTO EN LAS PRESUNCIONES

La Inferencia Inductiva ⁽²³⁾

Eli de Gortari (citado por Jairo Parra Quijano) sostiene “El conocimiento adquirido por la experimentación es, en parte, la descripción de lo que se ha observado y, en parte es aquello se que infiere de la experiencia pasada para predecir la experiencia futura. Este último aspecto de la adquisición del conocimiento es lo que constituyó la inducción”.

Una experimentación repetida, permite generalizaciones, de tal manera que utilizando la expresión del autor citado se puede decir: “La inducción es la operación lógica que se utiliza para generalizar la experiencia”. La experiencia repetida de que quien posee es normalmente el propietario, permitió generalizarla hasta llegar al párrafo 2º. del artículo 762 del C.C.: “El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo”. Si bien lo anterior es cierto, debe quedar claro que la generalización, se logra a través de la inducción, y que una vez establecida, para juzgar un caso concreto, se utiliza la deducción. Habrá que establecer plenamente, remitiéndose al caso examinado, si una persona es poseedora para deducir que se tiene como propietaria.

Principios de la Inducción

Los fundamentos de la inducción, de acuerdo con lo dicho y según lo enseñado por el maestro De Gortari, son:

1. Principio de la deducibilidad.- Los procesos existentes en el universo son susceptibles de deducción a partir de cada una de sus manifestaciones. Y esta deducibilidad del universo es una condición indispensable para poder establecer inferencias inductivas.

2. Principio de eliminación.- Según el cual la posibilidad de que una inferencia se cumpla queda expresada por la diferencia entre certeza —o sea, la unidad— y la probabilidad de que los resultados observados se produzcan si esa inferencia es falsa. Ejemplo de Laplace, citado por Eli de Gortari: “Si entre los tipos desordenados de un taller de imprenta se encuentra formada la palabra Constantinopla, se infiere que fue un hombre quien dispuso intencionalmente tal ordenación; pero esto no excluye enteramente

23. **PARRA QUIJANO, Jairo.** Ob. cit., pág. 378 y sgts.

la posibilidad de que se hubiese formado al azar, solo que esta última posibilidad (probabilidad) es muy remota”⁽²⁴⁾.

3. Principio de generalización.- En virtud del cual la experiencia se generaliza.

Los fundamentos de la inducción nos permiten afirmar que entre ésta y la deducción a menudo hay una síntesis dialéctica y que la eliminación permite ir pensando en una conclusión determinada, eliminando otras posibilidades, que hacen que por ello se pueda generalizar.

La creación de la norma del párrafo 2º. del artículo 762 del C.C., es una síntesis entre inducción y deducción, como ya lo dijimos. La eliminación, la logramos cuando sostenemos que normalmente quien posee es propietario y esto nos permite generalizar “el poseedor es dueño”.

4. Empleo de la lógica para la inferencia inductiva.

Dominio de la certeza o de lo problemático

Partiendo de la base de que toda inferencia inductiva se mantiene en el dominio de lo problemático, el legislador saca algunas de éste y las coloca en el de la certeza definitiva (iuris et de iure) o provisional (iuris tantum). El legislador da certeza a las inferencias que él realiza; las que hace el juez quedan en el dominio de la probabilidad (lo problemático).

El artículo 66 del C.C., regula esta materia: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

“Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

“Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. “Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes y circunstancias”.

Plena prueba de los Antecedentes o Circunstancias

Se debe partir de hechos-base que deben estar plenamente probados. El artículo 176 del C. de P.C. recalca esta circunstancia cuando dice: “Las

24. PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit., pág. 379.

presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

“El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Quién hace el Proceso Inductivo en las Presunciones

1. En las presunciones legales (*iuris et de iure* o en las *iuris tantum*), el legislador tuvo en cuenta los resultados de la inducción y generalizó, de tal manera que el juez debe prescindir de este proceso ya que está implícito en la norma.

2. En las presunciones judiciales, el juez debe hacer el proceso de inducción, en la especie de reconstrucción.⁽²⁵⁾

Al respecto sostiene Elí de Gortari, citado por Jairo Parra Quijano: “La inferencia por reconstrucción es la que establece una relación ya desaparecida, con base en los documentos, registros, testimonios, y otros indicios que subsistan, que son considerados como pruebas de la existencia de un hecho o, por lo menos, como huellas que hacen probable su existencia pasada. De esta manera, las consecuencias son los indicios que sirven como punto de partida, en tanto que lo inducido es el hecho reconstituido. En las inferencias que se establecen para reconstruir, se presentan muchas posibilidades de cometer equivocaciones y, por supuesto, con un solo error que se cometa puede quedar inválida la cadena entera de razonamientos. Además, aunque los testimonios conservados sean numerosos, generalmente no son completos y, por tanto, es necesario suplir los datos que faltan por medio de conclusiones inferidas por analogía. La reconstrucción inductiva se utiliza principalmente en la historia, la arqueología, la geología, la paleontología, la cosmología, la jurisprudencia y las averiguaciones judiciales; y por ende, los elementos en que se basa una inducción por reconstrucción son de lo más variado. En todo caso, dichos elementos tienen que ser sometidos previamente a una crítica rigurosa, para determinar su origen, su autenticidad, su admisibilidad, su veracidad, su exactitud, su valor testimonial y su significado objetivo. Y solo después de haber sufrido ese examen, es que la interpretación lógica de esos elementos puede servir como funda-

25. DE GORTARI, Elí. Citado por Jairo Parra Quijano. Ob. cit., pág. 381. “Las inferencias inductivas pueden ser de trece tipos: 1) Por enumeración completa; 2) por coligación; 3) por reconstrucción; 4) por amplificación; 5) por concordancia; 6) por diferencia; 7) por concordancia y diferencia; 8) por residuo; 9) por variaciones concomitantes; 10) por muestreo; 11) por estadística; 12) por inducción matemática; 13) por recursión”.

mento para establecer las inferencias reconstructivas que permiten explicar y comprender los hechos pasados²⁶.

Actividad del juez en las Presunciones Judiciales

1. **Actividad volitiva.**- El juez debe querer tener como fijado el hecho presumido²⁷.

2. La presunción es el resultado de la actividad de pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce.

3. En el pensar y razonar el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas generales de la experiencia.

4. Emplea la lógica dialéctica para reflexionar e imaginar y deducir.

MANERA COMO SE DESVIRTUA LA PRESUNCION

La parte contra la cual se invoca una presunción, puede probar que los hechos-base no corresponden a la realidad, como cuando se desvirtúa la calidad de poseedor. Cuando se trata de presunción iuris tantum, la parte contra la cual se invoca la presunción puede probar que el hecho presumido no es cierto; prueba, por ejemplo, que el poseedor no es propietario. Cuando la presunción es iuris et de iure, se puede desvirtuar el hecho base y la presunción no se aplica, pero el hecho presumido es intocable.

Sostiene la doctrina norteamericana ("Opposing a Presumption). Dos métodos de ataque se le abren a la parte contra quien se invoca una presunción: Puede aportar evidencia tendiente a desvirtuar la existencia de los hechos básicos de los que depende la presunción o puede ofrecer evidencia tendiente a desvirtuar el hecho presumido²⁸.

26. **PARRA QUIJANO, Jairo.** Ob. cit., pág. 381-382.

27. **DE LA OLIVA, Andrés y FERNANDEZ, Miguel Angel.** Citados por Parra Quijano, Jairo. Ob. cit., pág. 382.

28. Debe recordarse que para los norteamericanos, solo son presunciones las iuris tantum.